

LA REGULACIÓN SOBRE MANTENIMIENTO DE PRECIOS DE REVENTA: EL PRÓXIMO CAPÍTULO DEL DERECHO COLOMBIANO DE LA COMPETENCIA

ALBERTO ZULETA LONDOÑO¹

RESUMEN

La comprensión del efecto económico que producen ciertas restricciones verticales y, en particular, las restricciones territoriales y el mantenimiento de precios de reventa, ha cambiado significativamente en los últimos treinta y cinco años en los Estados Unidos de América. Este hecho ha traído consigo una transición en la que estas conductas ya no se perciben como generalmente nocivas para los mercados. Incluso, se han detectado muchos efectos pro-competitivos de estas restricciones “intra-marca”. Uno de los efectos que pueden tener es el de mejorar el proceso competitivo “inter-marca”, cuya protección es el objeto principal del derecho de las prácticas restrictivas de la competencia. El presente artículo explica la evolución del entendimiento económico respecto de estas restricciones verticales que ha tenido lugar

¹ Director del Área de Competencia de Cárdenas & Cárdenas Abogados. Abogado de la Universidad de los Andes. Especialista en Régimen Contractual Internacional de la Universidad de los Andes. Master en Derecho de la Universidad de Harvard. Profesor de Derecho de la Competencia a nivel de posgrado en la Universidad de los Andes. Cra. 7 No. 71-52, Torre B, Piso 9, Bogotá, Colombia.

en los Estados Unidos de América y describe el impacto que el mismo puede tener en la visión y la regulación colombianas del mantenimiento de precios de reventa.

Palabras clave: Competencia intra-marca, competencia inter-marca, restricciones verticales, mantenimiento de precio de reventa, parasitismo, colusión.

***RESALE PRICE MAINTENANCE REGULATION:
THE NEXT CHAPTER IN COLOMBIA
ANTITRUST LAW***

ABSTRACT

The understanding of the economic effect of certain vertical restraints and, in particular, territorial restrictions and resale price maintenance, has evolved significantly over the past thirty-five years in the United States of America. This fact has brought with it a transition in which these behaviors are no longer perceived as generally harmful to the markets. Even many pro-competitive effects of these “intra-brand” restraints have been detected. One of the effects that they can have is the improvement of the competitive “inter-brand” process, whose protection is the main object of antitrust law. This article explains the evolution of the economic understanding of these vertical restraints in the United States of America and describes the impact it can have on the Colombian vision and regulation of resale price maintenance.

Keywords: *Intra-brand competition, inter-brand competition, vertical restraints, resale price maintenance, free-rider effect, collusion.*

INTRODUCCIÓN

El derecho de las prácticas restrictivas de la competencia (derecho antimonopolios) se nutre de los efectos económicos de los comportamientos empresariales. En la medida que esos efectos cambien, o lo haga la comprensión que tenemos de los mismos, también lo hacen las normas. Si ello no fuera así, la aplicación de la ley terminaría teniendo un efecto ajeno al propósito que la inspira, que no es otro que asegurarse de que las condiciones de los mercados sean un producto de las preferencias de los consumidores y los méritos comerciales de los productores.

Ningún aspecto del derecho antimonopolios ha evolucionado tanto en los últimos treinta y cinco años como la comprensión que tenemos de los efectos que tienen las restricciones verticales en los mercados. En particular me refiero a la distribución geográfica de mercados entre participantes en la misma cadena productiva y al mantenimiento de precios de reventa (MPR)², también llamada por algunos “fijación unilateral de precios”.

La regulación colombiana sobre MPR y restricciones territoriales en las relaciones verticales está contenida en el decreto 2153 de 1992 (el “decreto 2153”). Al momento de expedirse esa norma la lógica económica que explicaba la regulación de las restricciones verticales se encontraba en plena evolución en los Estados Unidos de América y nuestro derecho pareció adoptar el modelo que imperaba entonces en ese país. Sin embargo, por obedecer a un momento de transición, dicho modelo contenía inconsistencias

2 Para efectos del presente artículo, siempre que se haga referencia al mantenimiento de precios de reventa (MPR), debe entenderse que este concepto incluye la imposición de otras condiciones de reventa, como por ejemplo los plazos o descuentos que se le pueden otorgar a los clientes finales. En esta categoría entran también los llamados “precios sugeridos”, pues las razones que llevan a que un empresario le interese sugerirle a su distribuidor un precio u otro de reventa, son las mismas que fundamentan la imposición de cualquier condición de reventa. El hecho de que en el segundo caso se trate de una sugerencia y en el primero de una imposición es irrelevante para efectos del análisis del impacto económico de la conducta.

desde el punto de vista económico que llevaron a que conductas con efectos iguales o similares recibieran un tratamiento disímil. Este fenómeno fue corregido con el tiempo por fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidos (la “Corte Suprema”), en decisiones que aparentemente recibieron una fuerte influencia de sectores académicos. En Colombia, sin embargo, no hemos dado ese paso adicional, el cual nos permitiría superar la interinidad conceptual que existe desde 1992 en torno a la regulación de las restricciones verticales. Con la excepción de las restricciones territoriales, hoy todavía entendemos los acuerdos verticales sobre precios y otras condiciones de reventa en una forma similar a como entendemos los horizontales, es decir, como si en ellos hubiera una forma de colusión. Por esa razón en Colombia prohibimos conductas que pueden carecer de efectos anticompetitivos y que, incluso, podrían llegar a producir efectos pro-competitivos que son deseables en el mercado.

En el presente artículo pretendo demostrar que el derecho colombiano de la competencia hoy tiene un régimen para el MPR que no solamente se aparta de las tendencias modernas en esa materia, sino que es contradictorio con otras regulaciones vigentes en el país sobre restricciones verticales. En segundo lugar, propongo que el mantenimiento de precios de reventa no se trate como una forma de colusión, al amparo del numeral 1° del artículo 47 del decreto 2153 y el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 (la “Ley 155”) como se ha hecho hasta ahora, sino como una conducta que debe analizarse dentro de la prohibición general contenida en el artículo 46 del decreto 2153 y cuyo análisis debe versar sobre el impacto económico de cada conducta individualmente considerada. Para este efecto empezaré por hacer un recuento de la regulación del MPR y las restricciones territoriales en los Estados Unidos de América hasta el día de hoy³, con el fin de explicar la manera en

3 El presente artículo no incluye referencias al derecho de la competencia en la Unión Europea. El estado actual de desarrollo de la regulación sobre mantenimiento de precios de reventa no permite utilizarla como referencia para la propuesta que en este artículo se hace.

que ha evolucionado la comprensión existente sobre los efectos económicos de la conducta. Luego analizaré la situación actual en Colombia y, con base en esos análisis, propondré la interpretación que en mi opinión debe recibir el MPR en Colombia. Al final se señalarán las conclusiones del artículo.

1. HISTORIA DE LAS RESTRICCIONES VERTICALES EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

La formulación positiva inicial del derecho de la competencia en los Estados Unidos de América fue bastante austera. La ley Sherman de 1890 contenía apenas dos artículos con contenido sustantivo⁴. El primero de ellos prohibía las combinaciones que restringieran el comercio y el segundo contemplaba la ofensa de monopolización. A pesar de lo restringido de la norma, en ella se crearon las dos grandes categorías del derecho antimonopolios: las prácticas concertadas y la conducta individual con que se aprovecha injustamente el poder de mercado o la posición dominante de una empresa⁵. Dentro de este marco normativo se decidieron los casos en los que un productor le impone a un distribuidor las condiciones en las que este debe revender un producto al usuario final⁶.

4 Solamente los artículos 1, 2 y 3 de la ley Sherman tenían contenido sustantivo. Las demás reglas de ese estatuto tienen que ver con sanciones y procedimientos. El artículo 3, repite lo que dice el primero pero haciendo alusión a un campo diferente de aplicación a nivel territorial.

5 Para efectos de este artículo los conceptos de poder de mercado y posición dominante se tratarán como sinónimos y significan la capacidad que tiene un actor en el mercado de vender exitosamente a precios supra-competitivos.

6 El MPR se presenta como fenómeno económico y jurídico cuando cualquier participante en la cadena productiva le impone condiciones de reventa al siguiente. Para efectos de claridad, en el presente artículo me referiré siempre al caso específico en el que un productor le impone condiciones de venta a un distribuidor que luego le vende a un consumidor final.

A. LAS RESTRICCIONES VERTICALES EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA HASTA *SYLVANIA*

En 1911 la Corte Suprema de los Estados Unidos falló el caso *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*⁷ (*Dr. Miles*). En este caso el demandante, que era un productor de medicamentos, se enfrentó a un mayorista que se abstenía de revenderlos a los precios mínimos que el productor le imponía. La Corte sostuvo que este esquema no era válido, por cuanto “... *el demandante no puede aspirar a un mejor resultado con el plan de contratos idénticos del que se obtendría si los distribuidores entre ellos fijaran las mismas restricciones y aspiraran a obtener el mismo resultado. (...) Habiendo el demandante vendido los productos a un precio que para él resulta satisfactorio, el público tiene entonces derecho a cualquier ventaja que se derive de la competencia en el tráfico subsiguiente*”⁸.

En este aparte de la decisión se vislumbra claramente que el alto tribunal sostiene dos ideas fundamentales: (i) una restricción vertical de imposición de precios de reventa debe tratarse de la misma manera en que lo sería un acuerdo horizontal entre los distribuidores que son objeto de dicha imposición; y (ii) el público tiene derecho a obtener los beneficios que se derivan de la competencia entre los distribuidores de un mismo producto. Ya se verá cómo en 1977 la Corte Suprema descubre que este segundo principio (que, en el fondo, es el sustento de la prohibición de imponer precios de reventa), durante años obedeció a un razonamiento económico que omitía consideraciones importantes sobre los incentivos de los participantes en el mercado y la formación del poder de mercado y los precios en el mismo.

7 SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.* 220 U.S. 373 (1911).

8 AREEDA, PHILLIP; KAPLOW, LOUIS, *Antitrust Analysis*. Problems, Text and Cases. New York, New York. Aspen Law & Business. 1997, pág. 627.

En 1968 se decidió otro caso sobre MPR, *Albrecht v. The Herald Co.* (*Albrecht*)⁹. En este caso *Albrecht*, distribuidor de periódicos para el demandado, decidió vender a precios más altos que aquellos impuestos por el periódico. La Corte Suprema se pronunció sobre la legalidad de la imposición de precios máximos que ejercía *The Herald Co.* respecto de sus distribuidores y sostuvo lo siguiente: “*Los precios máximos pueden fijarse demasiado bajos como para que el distribuidor pueda suministrar servicios y adiciones que el consumidor puede desear y por los que puede estar dispuesto a pagar*¹⁰”. Más adelante agrega que “...*si el precio cobrado es siempre cercano al precio máximo impuesto, lo cual es probable en la medida que el precio máximo se acerque al costo del distribuidor; el esquema tiende a adquirir todas las características de un esquema de fijación de precios*”.

Esta decisión es importante por dos razones. La primera de ellas es que reitera que los acuerdos de MPR pueden generar un efecto similar al de la colusión horizontal. La segunda es que detecta un efecto económico del MPR cuya comprensión sería reevaluada en casos posteriores, y es aquel según el cual el precio al que puede vender el distribuidor determina en gran medida la capacidad de este para competir en aspectos diferentes al precio, como por ejemplo en servicios que mejoren el producto para el consumidor.

El siguiente caso que se estudiará es *Atlantic Richfield Co. v. USA Petroleum Co.* (*ARCO*)¹¹. Esta decisión se profirió en 1990, 13 años después de *Sylvania* (decisión que se estudiará en el punto siguiente), pero siete años antes de que los principios de *Sylvania*, dictados en el contexto de una restricción territorial, se extendieran a los casos de MPR, lo cual ocurrió en *State Oil*, en 1997, según se verá más adelante.

9 Supreme Court of the United States. *Albrecht v. The Herald Co.* 390 U.S. 145 (1968).

10 *Op. cit.* AREEDA, PHILLIP; KAPLOW, LOUIS, pág. 631.

11 SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Atlantic Richfield Co. v. USA Petroleum Co.* 495 U.S. 328 (1990).

En este caso el demandado argumentó que el esquema de MPR (era un esquema de mantenimiento de precios máximos de reventa) implementado por ARCO con sus vendedores minoristas de gasolina (estaciones) mantenía los precios en el mercado uniformes y artificialmente bajos. La Corte inició el análisis del caso de acuerdo con los principios establecidos en *Albrecht*, según los cuales los esquemas de MPR que imponían precios máximos eran *per se* ilegales. Sin embargo, a pesar de que reiteró que un esquema de MPR en el que se fijan precios máximos de reventa es *per se* ilegal, determinó que los competidores no estaban legitimados para demandar este tipo de acuerdos porque el efecto del acuerdo era mantener el precio bajo y por esa razón no podía entenderse que el competidor hubiera sufrido el tipo de perjuicio que es indemnizable a la luz de las normas antimonopolios (*antitrust injury*)¹². En este caso, dijo la Corte, “*Un competidor no se ve perjudicado por los efectos anticompetitivos de la fijación vertical de precios máximos, y no tiene incentivo para reivindicar los intereses legítimos del distribuidor de su rival... Un competidor no demandará para proteger al distribuidor contra un precio máximo que se fija demasiado bajo, tanto como el competidor se beneficiaría de tal situación. Por el contrario, un competidor estará motivado para demandar solamente cuando la restricción vertical promueve competencia inter-marca entre el competidor y el distribuidor sujeto a la restricción. En resumen, un competidor estaría perjudicado y, por lo tanto, motivado para demandar solamente cuando una restricción vertical de mantenimiento de precios máximos tiene un impacto pro-competitivo en el mercado. (...)*”.

12 SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Brunswick Corp. V. Pueblo Bowl-O-Mat, inc.*, 429 U.S. 477 (1977). En el derecho antimonopolios de los Estados Unidos, solamente es indemnizable el perjuicio que se considera que cabe dentro del concepto de *antitrust injury*, es decir, aquel perjuicio que las leyes antimonopolios están diseñadas para evitar. Desde ese punto de vista, sufrir la imposibilidad de subir los precios no se considera un perjuicio indemnizable.

Este caso es interesante porque pone de presente las contradicciones internas de la prohibición de fijar precios máximos en una relación vertical. La Corte Suprema sostiene que la conducta continúa siendo ilegal, pero reconoce que en la relación inter-marcas genera un efecto pro-competitivo. Al competidor del demandado se le niega el derecho a una indemnización porque, en pocas palabras, la restricción genera efectos pro-competitivos que dicho competidor quería evitar. Dicho de otra manera, el esquema generaba precios bajos a los que el competidor debía adaptarse bajando sus propios precios, y lo que el demandante pretendía era que los precios subieran por la vía de que se eliminara la restricción. Esta idea, según la cual una restricción de MPR podría generar efectos pro-competitivos, se demoró siete años más, hasta *State Oil*, para producir un cambio en la regla que prohibía la práctica. Sin embargo, la semilla estaba sembrada para que los principios de *Sylvania*, que se estudiarán a continuación, se extendieran a los casos de MPR¹³.

B. SCHWINN Y SYLVANIA

En 1977 llegó a la Corte Suprema el caso *Continental T.V. Inc. (“Continental”) v. Sylvania Inc. (“Sylvania”)*¹⁴ proveniente de la Corte de Apelaciones para el noveno circuito de los Estados Unidos. El caso se trató sobre restricciones territoriales, no sobre MPR, pero en él se adoptó una nueva visión de los fundamentos económicos que sustentan las reglas sobre restricciones verticales, que luego se trasladarían al MPR. A continuación se explica dicha decisión.

13 La Corte se abstuvo de eliminar o modificar la prohibición del mantenimiento de precios máximos, aun a pesar de los efectos pro-competitivos que ella misma encontró en la conducta. La decisión produjo un salvamento de voto de los jueces Stevens y White en la que sostuvieron que el solo hecho de que hubiera un acuerdo de precios era ilegal. Esta concepción, según la cual el MPR es simplemente un acuerdo de fijación de precios, seguramente contribuyó a impedir que en 1990 se modificara la prohibición existente desde *Dr. Miles*.

14 SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania Inc.* 433 U.S. 36 (1977).

Sylvania, un fabricante de televisores, había decidido restringir mediante estipulaciones contractuales el territorio dentro del cual cada uno de los distribuidores podía vender los televisores marca Sylvania. Continental, uno de los distribuidores, pretendía vender en territorios diferentes a los que le fueron asignados y, luego de una disputa comercial, demandó a Sylvania con el fin de que se declarara la nulidad del pacto de limitación territorial impuesto por esta. La Corte de primera instancia, basándose en *Arnold, Schwinn & Co.* (“Schwinn”), estableció que la restricción era *per se* ilegal. La Corte de apelaciones revocó el fallo, sobre la base de que en este caso existía menor potencial anticompetitivo. Cuando la Corte Suprema asumió el conocimiento del caso, decidió que era necesario revocar la regla establecida en *Schwinn* y adoptar un nuevo estándar, según el cual las restricciones territoriales impuestas por un productor a un distribuidor deberían juzgarse a la luz de la regla de la razón, es decir, su licitud o ilicitud debería decidirse según las consecuencias económicas del caso específico de que se trate, en lugar de mantener la prohibición general que existía hasta ese momento para la conducta. A continuación se explican los argumentos de la Corte Suprema.

La Corte se refirió en primer lugar a *Schwinn*, que era un caso en el que existía un esquema de distribución triple. Una parte se ejecutaba mediante compra para la reventa de las bicicletas *Schwinn*; otra parte consistía en que los distribuidores aceptaban órdenes de los minoristas y se las enviaban a *Schwinn*, quien luego ejecutaba las órdenes directamente y corría con el riesgo del pago; finalmente, algunos negocios se hicieron bajo la modalidad de entrega de las bicicletas en consignación por parte de *Schwinn* a los distribuidores, quienes luego procuraban venderlas a los minoristas. En todos estos casos los distribuidores estaban limitados en cuanto a los territorios que podían atender con sus ventas, fuera cual fuera la modalidad de negocio que se estuviera utilizando. La Corte Suprema finalmente decidió que era ilegal *per se* que se le impusieran limitaciones a un distribuidor respecto de productos que había adquirido para la reventa. Aquellos casos en los que el

productor conservaba la propiedad y el riesgo sobre los bienes, se analizaría a la luz de la regla de la razón. Se trató de una distinción formal, basada en el derecho de propiedad y que realmente no consulta la realidad del mercado. El mercado de bicicletas Schwinn no se afectaría de manera diferente según el momento en que cada participante en la cadena se desprendiera del dominio sobre el producto.

En *Sylvania* la Corte Suprema retomó el análisis de Schwinn, lo revocó, y adoptó uno nuevo. En particular le reprochó a la Corte de Schwinn el que no hubiera establecido una distinción entre las restricciones sobre la base del potencial que tuvieran para producir un impacto negativo al interior de la propia marca (intra-marca) o de los beneficios que se podrían generar frente a otras marcas (inter-marca). Este es un tema fundamental en *Sylvania*. La Corte Suprema por primera vez adoptó la posición de que las restricciones que ocurren en la cadena de comercialización de productos de una misma marca pueden servir para mejorar la manera en la que esa marca compite con las de otros productores.

La Corte Suprema continuó el análisis diciendo que las restricciones verticales promueven la competencia inter-marca permitiendo que el fabricante alcance eficiencias en la distribución de sus productos y luego señaló varias de las maneras que los economistas habían identificado, en las que las restricciones intra-marca podían mejorar la competencia inter-marca. Por ejemplo, dice la Corte, los productores que son nuevos en un mercado pueden incentivar a sus distribuidores para que hagan las inversiones necesarias con el fin de dar a conocer un producto nuevo en el mercado, asegurándole a ese distribuidor que no va a tener competencia de otros distribuidores de la misma marca. También pueden ser usadas por productores establecidos para incentivar a sus distribuidores para que suministren servicios al consumidor que son necesarios para un mercadeo efectivo. Sobre esta última situación la Corte luego dijo que “*La disponibilidad y calidad de dichos servicios afectan el goodwill de un productor y la competitividad de su producto. Sin embargo, por el denominado*

“efecto del parásito” (free rider effect), los servicios pueden no ser suministrados por algunos minoristas en una situación puramente competitiva, a pesar de que el beneficio de cada minorista sería mayor si todos prestaran los servicios que si ninguno lo hiciera”. Esta afirmación merece una aclaración.

Para efectos de entender esta última idea expuesta por la Corte Suprema, supongamos que un productor P1 cuenta con tres distribuidores, P1-1, P1-2, y P1-3. Los productos vendidos son televisores y los tres distribuidores compran los televisores al mismo precio. P1-1 decide que la mejor manera de vender televisores es mediante el desarrollo de publicidad agresiva y permitiendo que los consumidores prueben los aparatos durante ciertos días en la casa antes de comprarlos. P1-1 inmediatamente decide hacer inversiones cuantiosas en publicidad y adopta la idea de permitir que los potenciales compradores lleven aparatos a la casa para ensayarlos. Atraídos por la publicidad, decenas de potenciales compradores se acercan a las instalaciones de P1-1 para probar los televisores. A muchos de los compradores les gusta el aparato y deciden comprarlo, pero deciden buscar el mejor precio del mercado y descubren que P1-2 y P1-3, que no debieron soportar los costos de publicidad y préstamo de aparatos que soportó P1-1, venden a menor precio. Deciden entonces comprar los televisores a P1-2 y P1-3, quienes así se vuelven parásitos de los esfuerzos comerciales de P1-1. Este último, al darse cuenta de que los esfuerzos que realizó los están usufructuando los demás, deja de hacerlos. El resultado final es que ningún distribuidor hace esfuerzos comerciales, a pesar de que le habría convenido más a todos los involucrados que los tres distribuidores los hicieran. Esta situación se puede solucionar si P1-1, P1-2 y P1-3 tienen prohibido, por el contrato que han celebrado con P1, vender en el mismo territorio. Así quien hace el esfuerzo comercial tiene garantizado que el cliente le comprará a él y no a un distribuidor parásito. El resultado final de una adecuada distribución de territorios sería, entonces, que los tres distribuidores harían esfuerzos comerciales, los cuales le permitirían competir más agresivamente con las otras

marcas, es decir, las de los productores P2, P3 y P4, por ejemplo.

Ante el escenario descrito, la Corte Suprema finalmente determinó que la restricción era lícita por cuanto había generado mejor competencia inter-marca y mejores opciones para el consumidor (en el caso se había demostrado que estas restricciones le habían permitido a Sylvania incrementar significativamente su cuota de mercado). Sostuvo también que cuando las restricciones territoriales resultaran en efectos negativos para la competencia, los jueces podrían prohibirlas en cada caso específico.

Este análisis de la Corte Suprema dejó planteado lo que se reafirmaría más adelante en *State Oil*, y es que la función primaria de las normas antimonopolios es promover la competencia inter-marca, no la competencia intra-marca. En el caso hipotético planteado anteriormente podría alguien preguntarse si la restricción territorial podría generar pequeños monopolios para los distribuidores de P1, al impedir que los demás distribuidores de P1 compitan con ellos. Esta ausencia de competencia les permitiría cobrar al consumidor precios supra-competitivos. Sin embargo, esto no es así. Los precios que pueda cobrar cada distribuidor de P1 no estarán dados por la competencia de los demás distribuidores de P1, sino por los precios que tengan las otras marcas en el mercado. Dicho de otra manera si, una vez eliminados P1-2 y P1-3 del territorio de P1-1, este decide subir los precios a niveles supra-competitivos, los consumidores comprarán televisores marca P2, P3, P4, P5 o P6. Y si no existieran las marcas P2, P3, P4, P5 ó P6 en el mercado, P1-1 sí podría vender a precios supra-competitivos, pero no como consecuencia del esquema de restricción territorial, sino porque existe un monopolio en el nivel de producción de televisores, no el de distribución. La conclusión que se extrae de este análisis es que una restricción intra-marca no solamente rara vez puede aumentar el poder de mercado del productor o el distribuidor como lo haría un esquema colusorio sino que, de hecho, puede mejorar la competencia inter-marca y beneficiar al consumidor. Teniendo en cuenta que el MPR es un esquema intra-marca era esperable que estos principios establecidos en 1977

para las restricciones territoriales permearan en algún momento las reglas aplicables a aquella. Eso fue lo que ocurrió en los dos casos que se explican a continuación.

C. LOS FUNDAMENTOS DE *SYLVANIA* PERMEAN LAS REGLAS SOBRE
MPR: *STATE OIL* Y *LEEGIN*

A continuación se exponen los casos resueltos por la Corte Suprema en los que se aplicó al MPR la lógica que se había utilizado en *Sylvania*.

i. State Oil Co. v Khan et al.

En 1997 la Corte Suprema tuvo oportunidad de revisar nuevamente un caso sobre MPR cuando resolvió *State Oil Co. v. Khan et al.*¹⁵. En este caso la compañía *State Oil* le entregó en arrendamiento y operación a Barakat U. Khan (“Khan”) una estación de gasolina. Khan debería comprar la gasolina a *State Oil* a un costo igual a un precio sugerido de reventa establecido por *State Oil*, menos USD 3,25. Khan estaba en libertad de revender al precio que le pareciera conveniente. Sin embargo, cualquier cantidad en exceso de USD 3,25, debería entregársela a *State Oil*. Por otra parte, si revendía a menos de USD 3,25, disminuiría el margen de ganancia. La Corte de Apelaciones para el Séptimo Circuito aplicó la regla *per se* establecida en *Albrecht* (caso explicado arriba) y determinó que el pacto era ilegal. Advirtió que la regla sobre la ilegalidad del MPR era probablemente equivocada pero que el principio de *stare decisis* (estarse a lo decidido) la obligaba a seguir la regla fijada por un tribunal de superior jerarquía, como lo era la Corte Suprema.

La Corte Suprema decidió apartarse de *Albrecht* indicando, *ab initio*, que “...el propósito *principal de las reglas antimonopolios es proteger la competencia inter-marca*”. Este concepto, que

15 SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *State Oil Co. v. Khan et al.* No. 96-871. (1997).

por primera vez generó un viraje jurisprudencial (en materia de restricciones territoriales) en *Sylvania*, se aplicaría ahora para cambiar la regla en materia de MPR.

A continuación la Corte entra a desvirtuar cada uno de los argumentos que sirvieron de fundamento para *Albrech*:

(i) En cuanto a la imposición de precios máximos de reventa, sostuvo la Corte, esa conducta no puede servir para disminuir el margen de ganancia del distribuidor por debajo de niveles competitivos. Salvo que el proveedor fuera un monopsonista, esto llevaría a que los distribuidores prefirieran comprar a otros proveedores, competidores de quien les impuso la restricción. La imposición de un precio máximo podría servir para evitar que los distribuidores tuvieran ganancias excesivas en aquellos eventos en los que carecieran de suficiente competencia (intra-marca o inter-marca) para mantener unos precios más bajos.

Este razonamiento de la Corte es muy importante dentro de los fundamentos económicos del MPR. Entre más alto sea el margen del distribuidor, menores serán las ventas de productor. Esto puede explicarse de forma sencilla de la siguiente manera. Según la ley de demanda, la cantidad demandada de un producto será mayor entre más bajo sea el precio al que se ofrezca y menor entre más alto sea ese precio. Esto se debe a las limitaciones que en materia de presupuesto pueden tener los potenciales compradores. Supongamos que una curva de demanda nos dice que a un precio \$10 el mercado demandará 100 unidades; a un precio de \$12 demandará 80 unidades; y a un precio de \$15 demandará 70 unidades. ¿Cuántas unidades venderá el productor si vende su producto a \$10? ¿Venderá 100 unidades? No, venderá la cantidad de unidades que le compre el distribuidor, no las que el mercado (los consumidores finales) demande. La cantidad de unidades que el distribuidor le comprará, dependerá de las que él mismo pueda vender al mercado, y este número dependerá del precio al que él, el distribuidor, revenda el producto. Esto se ilustra a continuación con un ejemplo¹⁶.

16 El ejemplo propuesto se limita a revisar el ingreso total por las ventas y no la ganancia del productor. Por esa razón no se tiene en cuenta el rendimiento marginal

Si el productor P1 le vende a su distribuidor P1-1 los productos a \$10, como se mencionó anteriormente, no le venderá cien unidades. El distribuidor solamente comprará la cantidad que él mismo pueda vender. Si el distribuidor decide revender a \$12, podrá vender 80 unidades y, en consecuencia, solamente comprará 80 unidades a P1. P1, entonces, habrá vendido 80 unidades a \$10 a su distribuidor (\$800). Si hubiera vendido directamente al mercado, habría vendido 100 unidades a \$10 (\$1000) u 80 unidades a \$12 (\$960).

Lo mismo ocurre si P1-1 decide revender a \$15. En este caso, revenderá solamente 70 unidades y esas serán las que le compre a P1. Por lo tanto, el productor habrá vendido 70 unidades a \$10 (\$700). Si hubiera vendido directamente al mercado, habría vendido 100 unidades a \$10 (\$1000) ó 70 unidades a \$15 (\$1.050). La diferencia entre lo que recibe por vender al distribuidor y lo que hubiera recibido si vende directamente al mercado, es el margen de distribución.

El margen de distribución tiene un costo para el productor que es análogo al que tienen los impuestos indirectos. Si un productor vende al público un producto a \$100, el público debe pagarle \$116, si se tratara de productos gravados con un impuesto indirecto cuya tarifa fuera el 16%. Esto significa que el productor venderá el número de unidades correspondientes a un precio de \$116, pero solamente recibirá los ingresos correspondientes a un precio de \$100. El saldo lo toma el Estado. En el caso del margen de distribución, el saldo lo toma el distribuidor. Al productor, entonces, le interesa que el margen de distribución se mantenga dentro de ciertos rangos que le permitan al distribuidor hacer las inversiones necesarias para un mercadeo efectivo y le representen una ganancia suficiente para que le interese la distribución. Pero un margen demasiado alto lo que hace es entregar al distribuidor

decreciente del productor a medida que disminuye el precio de su producto y aumenta el número de unidades vendidas. En los tres casos propuestos se supone que un aumento en el ingreso total también implicará un aumento en la ganancia del productor, así esta sea diferente para cada uno de los eventos propuestos. En otras palabras en este ejemplo, para ninguna de las cantidades vendidas se supone que el ingreso marginal es igual o menor que 0.

ganancias que podría ser para el productor. Si esta situación no pudiera controlarse por la vía de un esquema de MPR, el productor probablemente tendría que subir sus precios al distribuidor para “arrancar” mayores ganancias para sí mismo, lo cual desembocaría en mayores precios para el consumidor final que si existiera un acuerdo de MPR que mantuviera el precio relativamente bajo.

(ii) En segundo lugar, la Corte Suprema anotó que *Albrecht* se había dictado en gran parte, en nombre de la libertad de los distribuidores. Es decir, el MPR interfería indebidamente con la libertad del distribuidor, que era deseable para el mercado. El resultado en muchos casos fue que los productores se integraron verticalmente con los distribuidores, eliminando por completo la libertad de los mismos. Esto significa que prohibir el MPR no funciona necesariamente como herramienta para preservar la libertad de los distribuidores.

(iii) En *Albrecht* también se sostuvo que los precios de reventa impuestos podrían ser demasiado bajos para que los distribuidores tuvieran suficiente capital para prestar servicios que serían deseables para los consumidores. Sin embargo, dijo la Corte de *State Oil*, no es razonable suponer que un productor impondría unos precios de reventa cuyo resultado último sería el de alejar a los consumidores.

(iv) Ante la posibilidad de que la imposición de precios máximos de reventa podría excluir del mercado a los distribuidores que no fueran suficientemente eficientes para vender a precios bajos la Corte dijo, primero, que era improbable que un productor prescindiera de potenciales distribuidores que le fueran útiles. En segundo lugar dijo que, aun si se eliminaba del mercado a los distribuidores menos eficientes, ello no necesariamente era negativo para el mercado.

(v) Finalmente, en la crítica a *Albrecht*, la Corte Suprema se refirió al temor de que la imposición de precios máximos de reventa pudiera utilizarse para disfrazar la imposición de precios mínimos de reventa, los cuales continuaban siendo ilegales (La prohibición *per se* de imponer precios mínimos de reventa se eliminó en el caso

Leegin, que se explica a continuación). Sobre este tema la Corte sostuvo que si eso ocurriera, podría ser detectado caso por caso en un análisis bajo la regla de la razón.

La conclusión de la Corte Suprema fue que “*Después de reconsiderar los fundamentos de Albrecht y la crítica sustancial que esa decisión ha recibido, se concluye que no existe justificación económica suficiente para prohibir per se el MPR máximos*”.

ii. Leegin Creative Leather Products Inc. vs. PSKS, Inc, DBA KAY’S Kloset...KAY’S SHOES

En el caso de *Leegin Creative Leather Products Inc.* (“Leegin”) v. *PSKS, Inc, DBA KAY’S Kloset... KAY’S SHOES* (“Leegin”)¹⁷, Leegin dejó de venderle a uno de sus minoristas, PSKS, en razón de que este último violó la política de MPR mínimos impuesta por Leegin. Cuando el caso llegó a la Corte Suprema la regla vigente en esta materia era la de ilegalidad *per se*, por tratarse de precios mínimos (*State Oil* se había referido a la imposición de precios máximos). La regla se reversó y la Corte Suprema determinó que la imposición de precios mínimos también debería analizarse bajo la regla de la razón. Para llegar a esta conclusión el fallo empieza por citar los posibles efectos pro-competitivos de la imposición de precios mínimos:

(i) La imposición de precios mínimos de reventa puede promover la competencia inter-marca y beneficiar al consumidor porque, en ausencia de los mismos, muchos servicios a nivel minorista que son necesarios para una efectiva competencia inter-marca podrían no prestarse.

(ii) La imposición de precios mínimos de reventa le permite a los consumidores escoger entre productos de diferentes categorías.

(iii) La imposición de precios mínimos de reventa facilita la entrada al mercado de nuevas compañías y marcas, por cuanto

17 SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Leegin Creative Leather Products Inc. v. PSKS, Inc, DBA KAY’S Kloset...KAY’S SHOES*. No. 06-480. (2007).

les permite hacer las inversiones necesarias para el mercadeo agresivo que suele ser necesario para que una marca nueva ingrese al mercado.

(iv) La imposición de precios mínimos de reventa puede estimular la prestación de servicios en favor del consumidor, aun en ausencia de parasitismo.

La Corte Suprema, sin embargo, también señaló una serie de posibles efectos anticompetitivos de la conducta:

(i) La imposición de precios mínimos de reventa puede facilitar la creación de un cartel de productores.

(ii) La imposición de precios mínimos de reventa puede servir para ayudar a crear un cartel de distribuidores o de minoristas. Esto ocurriría cuando el poder de mercado no estuviera en el nivel del productor sino en el segundo o tercer eslabón de la cadena, y los distribuidores, por ejemplo, le exigieran a los productores que les impusieran precios mínimos de reventa. De esta manera la uniformidad de precios supra-competitivos entre los distribuidores en apariencia no sería producto de un acuerdo horizontal ilícito, sino de una serie de acuerdos verticales aparentemente lícitos.

La Corte Suprema concluye, finalmente, que a la luz de la regla de la razón la restricción es lícita, por cuanto el propósito de Leegin al imponerla era darles a sus minoristas un margen suficiente para proveer a los clientes con servicios que eran fundamentales para la estrategia de mercadeo de Leegin y evitar que los bajos precios afectaran negativamente el nombre de la marca.

D. CONCLUSIONES SOBRE EL MPR EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Los casos que se acaban de resumir constituyen buena parte de la columna vertebral del actual régimen de MPR en los Estados Unidos de América. La transición de una regla de prohibición absoluta o *per se* a un escenario en el que se aplica la regla de la razón y solamente se prohíben aquellas conductas que específicamente se demuestre que restringen la competencia parte de un principio que

se había anunciado en 1918 en el caso *Chicago Board of Trade*¹⁸ y que de alguna manera perdió ímpetu en la jurisprudencia de la Corte Suprema, hasta que en 1977 sirvió para rectificar la regla sobre restricciones territoriales verticales en *Sylvania*: hay restricciones al comercio que mejoran la competencia. En el caso de *Sylvania* se trataba de eliminar a los parásitos por la vía de alejarlos físicamente del distribuidor activo. Y allí se complementó la regla que se había anunciado en 1918 con la idea de que las restricciones intra-marca, como regla general, sirven para mejorar la competencia inter-marca. Esto significa que, no solamente no son perjudiciales para la competencia sino que son deseables y benefician al consumidor.

Pasaron veinte años para que ese principio, que nació en un caso de restricciones territoriales, se extendiera al MPR. Y la razón parece obvia. El MPR no solamente tiene decenas de funciones económicas justificables¹⁹ sino que, en algunos casos, cumple el mismo propósito que las divisiones territoriales. Tomemos el caso del parasitismo, por ejemplo. En el ejemplo de los distribuidores de televisores que se aprovecharon de los esfuerzos comerciales de uno solo de ellos para vender más barato a los consumidores atraídos por aquel (generando así un incentivo para que ninguno prestara servicios deseables para el consumidor), el problema se puede resolver alejando a los distribuidores geográficamente entre sí, de tal manera que los consumidores no puedan aprovechar el mercadeo del uno y comprar más barato al otro (como se hizo en el caso *Sylvania*). El mismo resultado se puede obtener si, en lugar de separarlos geográficamente, el productor les impone un precio mínimo de reventa. Así el distribuidor parásito no puede ofrecerle al consumidor un producto más bajo, desviando así la clientela del distribuidor que hizo inversiones cuantiosas y no tendrá más remedio que llevar a cabo él mismo dichas inversiones con el fin

18 SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Chicago Board of Trade v. United States*. 246 U.S. 231 (1918). En este caso se determinó que la regla impuesta por una bolsa de granos en Chicago, en la cual se restringían las horas durante las cuales se podía hacer ciertas ventas de grano, era lícita porque ayudaba a regular y promover la competencia.

19 *Op. cit.* AREEDA, PHILLIP; KAPLOW, LOUIS, págs. 613-624.

de atraer clientela. En la medida que este precio mínimo de reventa tiene el mismo propósito y efecto de una restricción territorial lícita, es lógico que imponerlo sea lícito también. Pero no tiene sentido que la división territorial esté permitida y la ley prohíba el MPR cuyo propósito y efecto son iguales a los de aquella.

2. LAS RESTRICCIONES VERTICALES EN COLOMBIA: UN RÉGIMEN POST-*SYLVANIA* Y PRE-*STATE OIL*

Colombia ha tenido un régimen errático en materia de MPR. Las razones para que ello haya sido así se exponen a continuación.

A. LA LEY VIGENTE

Tal como se dijo al principio del presente artículo el decreto 2153 tipificó la mayoría de las conductas que hoy están prohibidas por las normas colombianas sobre libre competencia. En lo formal esa norma parece derivada del tratado de Roma de 1957, en especial por haber optado en la rama de conductas unilaterales por el concepto de abuso de posición dominante, en lugar de adoptar el concepto de monopolización (menos moderno pero, a mi juicio, más útil) que se utiliza en la legislación federal de los Estados Unidos. En lo sustantivo, sin embargo, es una norma con una fuerte influencia del derecho *antitrust* norteamericano. En 1992, cuando se expidió el decreto 2153, el tema de las restricciones verticales se encontraba en plena evolución. *Sylvania* existía hacía 15 años y la regla establecida en ese caso parece haber sido plasmada en el numeral 3º del artículo 47, en el que la prohibición de restringir territorios se limita a las relaciones horizontales y no se extiende a las verticales. *State Oil*, sin embargo, no se había proferido y el MPR en los Estados Unidos, para precios fijos, mínimos o máximos, aún se trataba como una forma de colusión y se prohibía *per se*. Es difícil saber si el decreto 2153 guardó silencio sobre esa conducta o pretendió regularla como una forma de colusión al establecer la prohibición general de celebrar acuerdos de precios. Lo cierto

es que la situación en Colombia ha llegado a ser tan ambigua que la Superintendencia de Industria y Comercio (“SIC”) en forma reiterada sostiene que es posible sugerir precios, siempre y cuando no se violen las normas sobre la libre competencia que establecen la libertad de precios, tal como se señala en los conceptos emitidos por esa entidad que se citan más adelante. Esto parecería indicar que es posible sugerir los precios pero resulta ilícito para el distribuidor o minorista seguir la sugerencia, pues en caso de hacerlo se formaría un acuerdo de precios que resultaría ilegal. Esta posición ambigua y hasta cierto punto carente de sentido es producto, por lo menos parcialmente, de la ambigüedad legislativa que existe sobre el tema. A continuación se hará un recuento de las normas que se encuentran vigentes sobre la materia aclarando previamente que más adelante abogaré por la inaplicabilidad de algunas de ellas al MPR a la luz de los principios que rigen el derecho de la libre competencia económica.

La Ley 155 de 1959 se refirió al tema de una manera que hoy resulta curiosa. El artículo 9º dispuso que quien desatendiera la imposición de un precio de reventa incurriría en sanción por competencia desleal²⁰. Es decir que seguir el precio sugerido no solamente no era ilegal como pareciera serlo hoy, sino que era obligatorio. Si bien un sector de la doctrina considera que esa norma pudo seguir vigente²¹, pienso que se trata de una disposición sobre competencia desleal que fue derogada cuando se expidió el Código de Comercio²². Luego vienen los artículos 18 a 22 del

20 Ley 155 de 1959. Artículo 9. Cuando las empresas industriales fijen precios de venta al público, ni la misma empresa, directamente, o por medio de filiales, o distribuidoras, ni los comerciantes independientes, podrán venderlos a precios diferentes de los fijados por el productor, so pena de incurrir en las sanciones previstas para los casos de competencia desleal.

21 IBARRA PARDO, GABRIEL; MIRANDA LONDOÑO ALFONSO. “La práctica de Fijación Unilateral de Precios (FUP) y su aplicación en Colombia”. *Revista de Derecho Privado* No. 25. Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, octubre de 2000.

22 Colombia, Código de Comercio, artículo 2033.- Este código regula íntegramente las materias contempladas en él. Consiguientemente, quedan derogados el Código de Comercio Terrestre y el Código de

decreto 3466 de 1982, que establecen las reglas sobre exhibición de precios de venta al público²³. Estas normas no han sido tomadas

Comercio Marítimo adoptados por la Ley 57 de 1887, con todas las leyes y decretos complementarios o reformativos que versen sobre las mismas materias, exceptuados solamente los que determinen el régimen de la Superintendencia Bancaria y de las sociedades sometidas a su control permanente, y el Capítulo XI del decreto 2521 de 1950. El Código de Comercio reguló íntegramente la materia de competencia desleal en los artículos 75 a 77.

- 23 Artículo 18. Obligación de fijar los precios máximos al público. Todo proveedor o expendedor está obligado a fijar los precios máximos al público de los bienes o servicios que ofrezca para lo cual puede elegir, según la reglamentación de la autoridad competente o, a falta de esta, según sus posibilidades o conveniencias, el sistema de fijación en listas o el de fijación en los bienes mismos.

Artículo 19. Sistema de fijación de precios en listas. La fijación de precios máximos al público por el sistema de listas, deberá hacerse en caracteres perfectamente legibles y en sitio visible al público.

En las listas se indicará cuál o cuáles precios de bienes o servicios han sido fijados oficialmente, y será obligación del proveedor o expendedor informar a toda persona que lo solicite la disposición oficial que haya establecido o fijado el precio, así como el organismo o autoridad que la haya dictado.

Parágrafo. Para efecto de lo dispuesto en este artículo, los organismos o autoridades encargados de establecer o fijar precios de bienes o servicios ordenarán la publicación de las disposiciones respectivas en el *Diario Oficial* y al menos en dos (2) diarios más de amplia circulación nacional.

Artículo 20. Se entiende por sistema de fijación de precios en los bienes mismos la indicación que de dichos precios hagan los proveedores o expendedores en el empaque, el envase o el cuerpo del bien o en etiquetas adheridas a cualquiera de ellos.

La utilización de este sistema es obligatoria para todos los bienes procesados, transformados o manufacturados y para los que determine la autoridad competente.

Artículo 21. Prohibición de fijar más de un precio y de tachaduras o enmendaduras. Cuando se utilice el sistema de fijación de precios en los bienes mismos, no podrá aparecer indicado más de un precio, salvo lo dispuesto en el artículo 18, ni se podrán hacer tachaduras o enmendaduras al precio indicado originalmente, el cual en todo caso será el precio máximo al público.

En el evento de que aparezcan dos (2) o más precios o que existan tachaduras o enmendaduras, el consumidor solo estará obligado al pago del precio más bajo de los que aparezcan indicados, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar de conformidad con el presente decreto.

por la SIC como indicativas de que el MPR sea una conducta lícita. Finalmente están las normas contenidas en el decreto 2153 que la SIC ha considerado aplicables a la conducta:

“Artículo 47. Acuerdos Contrarios a la Libre Competencia.- Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

“1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios;” (...)

y

“Artículo 48. Actos Contrarios a la Libre Competencia.- Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto, se consideran contrarios a la libre competencia los siguientes actos:

(...)

“2. Influnciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios”.

Este es el marco normativo del MPR en Colombia.

Está igualmente prohibido fijar precios en las listas al público diferentes de los que aparezcan en los bienes mismos. En este caso se aplicará la disposición del inciso precedente.

Artículo 22. Efectos de la fijación oficial de precios. Los precios fijados oficialmente no se aplicarán a los bienes respecto de los cuales haya un precio máximo al público, establecido antes de entrar en vigencia la disposición oficial respectiva por cualquiera de los sistemas indicados en los artículos 19 y 20. Dichos bienes continuarán expidiéndose, hasta su agotamiento, al precio máximo al público establecido antes de entrar en vigencia la correspondiente fijación oficial de precios.

B. LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY VIGENTE POR LA SIC

En los conceptos que emite, la SIC ha sostenido en forma reiterada la ilegalidad de los acuerdos verticales de fijación de precios. Esto ha venido acompañado de una posición ambigua y, a mi juicio errática, sobre los precios sugeridos en la que, como se dijo anteriormente, sostiene desde hace más de diez años que es posible sugerir precios pero da a entender que es o puede ser ilícito seguir la sugerencia (una sugerencia aceptada es, al fin y al cabo, un acuerdo). Veamos:

(...)

“Aunque pueden sugerirse los precios de venta de los productos siempre que la conducta no implique la violación de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, de acuerdo con lo antes expuesto y teniendo en cuenta que en Colombia existe libertad de precios, los expendedores y proveedores pueden fijar libremente los precios de acuerdo con su estructura de costos y sus márgenes de utilidad. De acuerdo con lo anterior, quienes participan en la cadena de distribución tienen autonomía en la fijación del precio que cobrarán por la venta del producto, sin sujetarse al consenso de otras voluntades.

“En consecuencia, se entenderá que quien fija precios a sus distribuidores, expendedores o proveedores está contrariando las disposiciones en materia de la libre competencia.”²⁴

En otra ocasión sostuvo lo siguiente:

“En este entendido, si los distribuidores, expendedores o mayoristas aceptan la fijación máxima de precios hecha por el productor, están actuando bajo una conducta conscientemente paralela al permitir que les fijen el precio, lo cual se traduce en un acuerdo restrictivo de la competencia”²⁵.

Esta afirmación es sorprendente no solamente por indicar expresamente que es ilícito seguir la sugerencia cuya formulación

24 SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Concepto No. 99050593 del 27 de septiembre de 1999.

25 SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Concepto No. 99025015 del 15 de junio de 1999.

es lícita, lo cual encierra una contradicción que no requiere mayor explicación, sino por la incompreensión que evidencia sobre lo que es el paralelismo, que es una figura propia de las relaciones horizontales. Solamente en las relaciones horizontales es válido hacer alusión a un concepto geométrico que consiste en dos líneas que nunca se encuentran. En las relaciones verticales las líneas se encuentran en cada eslabón de la cadena. Pero más allá de esta imprecisión, es necesario señalar que la SIC claramente entiende que los acuerdos verticales de fijación de precios son ilegales, porque lo es cualquier fijación de un precio que no sea libre. La SIC claramente ve en el MPR una forma de colusión.

Finalmente, vale la pena revisar el siguiente aparte de otro concepto emitido por la SIC:

“De conformidad con lo anterior, es posible sugerirlos precios de venta al público, siempre que la conducta no implique la violación al régimen de competencia, teniendo en cuenta que en Colombia existe libertad de precios.

“No sobra aclarar que, la sugerencia debe carecer de toda connotación que implique un contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre el productor y sus distribuidores o expendedores, que tenga como objeto o efecto una fijación directa o indirecta de los precios, constitutiva de una práctica comercial restrictiva y que tampoco puede constituir una influencia para que los distribuidores o expendedores incrementen los precios de sus productos o para que desistan de su intención de bajarlos, acto que, en virtud del numeral 2 del artículo 48 del decreto 2153 de 1992, es considerado restrictivo de la competencia”²⁶.

No cabe lugar a dudas. La SIC en sus conceptos entiende que la fijación vertical de precios es censurable bajo las mismas normas que lo es la fijación horizontal de precios y que se trata de una forma de colusión. Los precios sugeridos fácilmente pueden convertirse, a los ojos de la SIC, en un acuerdo restrictivo.

26 SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Concepto 02067355 - 02067622 del 17 de septiembre de 2002.

C. COMENTARIOS A LA INTERPRETACIÓN QUE HACE LA SIC SOBRE
EL RÉGIMEN VIGENTE EN MATERIA DE MPR

A continuación se mencionan las razones por las cuales esta es una posición de la SIC que merece ser reconsiderada. Algunas de estas razones obedecen a inconsistencias lógicas y otras a razones conceptuales de fondo que tienen su fundamento en el impacto económico de la conducta y que aconsejan revisar la posición sostenida hasta ahora.

i. La regla farragosa sobre el precio sugerido

La prohibición de acordar precios en las relaciones verticales acompañada de la posibilidad de sugerirlos carece, en mi opinión, de sentido. Me pregunto si los carteles horizontales de fijación de precios sugeridos serían lícitos, siguiendo esta tesis de la SIC. Aunque en países como los Estados Unidos en algún momento se llegó al extremo de prohibir el MPR pero permitir que los productores se negaran a venderles a los distribuidores que se abstuvieran de seguir el precio sugerido²⁷, lo cierto es que si el acuerdo de precios en las relaciones verticales es nocivo para el mercado, la sola insinuación de un precio debería ser ilícita también. Si se hace la analogía con las restricciones horizontales ello es apenas obvio. A nadie se le ocurre, como se acaba de señalar, que se pueda sugerir un precio común en una relación horizontal entre competidores. La SIC advierte esta ambigüedad y la remedia con una peor, diciendo que es posible sugerir precios pero, básicamente, lo que es ilícito es seguir esa sugerencia porque se estaría frente a una práctica conscientemente paralela. Hay que tomar una decisión sobre la legalidad de la conducta. Pero esa ambigüedad, repito, carece de sentido alguno. Si la SIC insiste en que los acuerdos de MPR son ilegales y que en las relaciones verticales es ilícito influenciar a una empresa para que suba sus

27 SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *United States v. Colgate & Co.* 250 U.S. 300 (1919).

precios o se abstenga de bajarlos, los precios sugeridos deberían ser ilícitos y punto, no medio ilícitos, como parece desprenderse del estado actual de cosas.

Lo farragoso de esta regla parece tener dos fuentes. La primera es el hecho de que, como se dijo anteriormente, en otros países como los Estados Unidos han pasado por una etapa igual frente a una conducta cuyos efectos nocivos no han sido realmente detectados por los economistas²⁸. La segunda fuente de esta situación ambigua es probablemente que con respecto a las relaciones verticales existe la idea, correcta por cierto, de que se trata de una situación en la que el bienestar del proceso competitivo no se encuentra comprometido. La prohibición original en los Estados Unidos hasta *State Oil*, parece provenir de una actitud cautelosa frente a una conducta cuyos efectos no eran claramente comprendidos y que implicaba la pérdida de independencia de actores en el mercado. En ese contexto parecía prudente prohibirla. Pero los efectos hoy se conocen y no solamente no son nocivos sino que, en la gran mayoría de los casos, promueven la competencia y benefician al consumidor. Es hora de pensar, entonces, en que la conducta se permita en la mayoría de los casos y solamente se le sancione en aquellos casos que comprometan el proceso competitivo.

ii. ¿Podría la SIC decir otra cosa?

A la luz de lo que se ha dicho hasta ahora, es necesario preguntarse si la SIC, con la legislación vigente hoy, podría sostener la licitud de la conducta o si ello requeriría de un cambio legislativo.

La ley colombiana, como se dijo anteriormente, no tiene una regla específica sobre el MPR. Hasta ahora se ha limitado la SIC a aplicar la prohibición de acordar precios y aquella que impide que una empresa influencie a otra para que suba sus precios o se abstenga

28 Si se revisan las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos en *State Oil y Leegin*, el verdadero riesgo de la conducta consiste en que se disfrace con ella una restricción horizontal. Pero la relación vertical como tal no parece tener efectos nocivos claramente detectados hasta ahora.

de bajarlos. Si se encontrara una manera de interpretar la ley de tal forma que esas normas no resultaran aplicables, llegaríamos a la regla de la licitud general del MPR y solamente resultaría ilícita la conducta cuando tuviera implicaciones horizontales (a la luz de las normas sobre restricciones horizontales). A mi juicio ello es posible.

Lo primero que hay que decir sobre la aplicación del artículo 1° de la Ley 155 de 1959 y el artículo 47 numeral 1° del decreto 2153 al MPR es que el MPR no es un acuerdo de precios. Un acuerdo de precios es aquel en que participan dos actores diferentes respecto de dos productos que compiten entre sí, privando así al consumidor de la posibilidad de acceder a uno de menor precio. Pero el MPR es un acuerdo respecto del precio de reventa de un solo producto, que celebran dos participantes en la misma cadena productiva y jamás involucra productos competidores, que son los que constituyen las alternativas para el consumidor. En la medida que las opciones para el consumidor no se afectan, no lo hace el proceso competitivo. Dicho de otra manera la competencia intra-marca no es tutelada por el derecho de la competencia porque, en el fondo, no es competencia. Es la competencia inter-marca la que se protege porque es en ella en la que se ve comprometida la alternativa del consumidor. Volviendo al ejemplo que se ha usado a lo largo de este artículo se puede ilustrar la cuestión: supongamos un mercado en que el producto se vende a un precio promedio de \$10 (con unos competidores vendiendo a 9.5 y otros 10.5 un producto con significativa pero no absoluta homogeneidad). En el mercado hay marcas P1, P2, P3, P4 y P5. En este contexto el productor P1 decide imponerle un precio de reventa a sus distribuidores de \$14, que es el precio del monopolista en ese mercado. ¿Cuál es el efecto de esta conducta? Que el consumidor se desplazará hacia los productos P2, P3, P4 y P5, y P1 tendrá que regresar los niveles anteriores o salir del mercado. Este ejemplo ilustra lo que se ha dicho a todo lo largo del presente artículo: el MPR no es un mecanismo efectivo para elevar los precios del mercado a niveles supra-competitivos. Solamente los acuerdos horizontales (en este caso un acuerdo entre P1, P2, P3, P4 y P5 o entre los distribuidores de estos) tiene esa

posibilidad. En ese sentido el MPR no es un acuerdo de precios porque no involucra más de un producto. Discutiblemente sería un acuerdo de “precio”, en singular, lo cual no es nocivo para el proceso competitivo ni, francamente, parece estar prohibido en la ley colombiana.

Ahora vale la pena preguntarse qué ocurriría en el mismo ejemplo si P1 le impusiera un precio de reventa a niveles monopolísticos a sus distribuidores, en un escenario en el que no existieran P2, P3, P4 y P5. ¿Sería ilegal entonces la conducta? Pienso que tampoco lo sería. En este caso el poder de mercado del monopolista no nace del acuerdo mismo, como sí lo hace en las restricciones horizontales. Nace del hecho de que, en efecto, existe un monopolio a nivel de productores. Si se le prohibiera en este escenario imponerle precios de reventa a sus distribuidores, lo único que tendría que hacer P1 para que el precio final al consumidor fuera el precio del monopolista, sería subir el precio al que le vende a sus distribuidores, para que estos se vieran obligados a vender más caro el producto. Y esto nadie se lo podría impedir.

Lo mismo ocurre frente a la norma que aplica la SIC en el sentido de determinar que se está influenciando a una empresa para que suba sus precios o se abstenga de bajarlos. Esta norma está dirigida a los casos en los que el consumidor pueda ser víctima de un precio mayor en razón de dicha influencia. Pero en el MPR esa influencia no tiene la posibilidad de ser la causa de un precio mayor para el consumidor, por dos razones: (i) la primera, porque la competencia inter-marca impedirá que el precio del producto en el mercado suba, como se explicó anteriormente; y (ii) porque en el caso de ausencia de competencia inter-marca el productor puede utilizar muchos medios lícitos para ejercer su posición dominante en el mercado, empezando por la posibilidad que tiene de distribuir directamente, integrarse verticalmente con sus distribuidores o, sencillamente, venderles a precios más altos a los distribuidores independientes. Pero no es el MPR el que hace que suba el precio para el consumidor. Es la ausencia de competencia inter-marca y ella se da a nivel del productor, no a nivel de los distribuidores.

Finalmente hay que preguntarse, si lo anterior es cierto, ¿cómo es que Colombia y otros países han durado tantos años tratando el MPR como un acuerdo de precios? En mi opinión hay dos razones. La primera, es que solamente hasta hace poco se entendió que los acuerdos de MPR no tienen la posibilidad de aumentar los precios en el mercado en forma análoga a como lo hacen los acuerdos horizontales. Las conductas intra-marca por lo general carecen de ese poder, con excepción de los pactos de exclusividad y algunos casos en que la relación vertical tiene efectos horizontales. En la medida que hoy es claro que es la competencia inter-marca la que requiere de protección, podemos dejar de tratar los acuerdos de MPR como si fueran acuerdos de precios, porque no lo son.

La segunda razón por la que en Colombia hemos tratado el MPR como un acuerdo de precios es porque los abogados utilizamos un concepto jurídico-formal para establecer la existencia de un acuerdo, cuando el concepto más adecuado probablemente no sea el de “acuerdo” sino el de “colusión”²⁹. Es interesante observar cómo el derecho de la competencia, para efectos de detectar la colusión horizontal extiende el concepto de acuerdo mucho más allá de la idea jurídico-formal de oferta y aceptación e incluye comportamientos que no son propiamente acuerdos pero que desde el punto de vista del derecho de la competencia se tratan como si lo fueran. En el caso de las restricciones verticales, dado el análisis que se hace en el presente artículo, el cual refleja el estado de la cuestión en la jurisprudencia de las Cortes Federales en los Estados Unidos de América, es posible abandonar el concepto jurídico de acuerdo y sustituirlo por el concepto económico de colusión. “Colusión” en este contexto sería un acuerdo para lograr un propósito ilícito que, en el caso del derecho antimonopolios, es el de elevar el precio de un producto en el mercado por encima de los niveles competitivos. En la medida que el MPR como regla general no puede lograr ese propósito, dado que la competencia inter-marca se lo impide, un acuerdo vertical no es colusorio y, por

29 LIANOS, IOANNIS. “Collusion in vertical relations under article 81 EC”. *Common Market Law Review* 45: 1027-1077, 2008. Kluwer Law International.

lo tanto, no debe considerarse “acuerdo” desde el punto de vista de las reglas competencia.

Concluyo que, aun con la legislación existente, la SIC podría sostener la licitud general del MPR (dejando a salvo la ilicitud de los casos en los que el MPR es, en realidad, una conducta horizontal disfrazada, lo cual se sancionaría a la luz de las reglas sobre acuerdos horizontales). El MPR no es un acuerdo de precios y nunca lo fue. Y la influencia que ejerce el productor sobre el distribuidor para que suba los precios, jamás podrá ser la causa de un aumento de los precios en el mercado, como sí lo es un acuerdo horizontal. Por lo tanto es lógico entender que el MPR no cabe dentro de esa prohibición. Los artículos 47, numeral 1º y 48, numeral 2º, del decreto 2153 no son aplicables a una relación vertical. Restan la prohibición general contenida en el artículo 46 del decreto 2153 y las reglas sobre restricciones horizontales para combatir los casos en que el MPR se utilice para generar efectos a nivel horizontal. Pero mientras exista un sano proceso competitivo inter-marca, perseguir acuerdos intra-marca lo que hace es privar al consumidor de mejores bienes y servicios.

CONCLUSIÓN

El tema principal del presente artículo es el de los efectos económicos del MPR, más que la regla que los prohíbe. Ello tiene una razón de ser. Si bien el estado actual de cosas en materia de derecho de la competencia aconseja virar hacia una regla de licitud general del MPR, la verdadera revolución que se ha producido y a la que Colombia debería unirse pronto no es un simple cambio en la regulación de una conducta, sino el descubrimiento de que ciertos comportamientos que antes se entendían como colusorios, son generalmente positivos para el mercado. No solo no son nocivos, sino que son deseables.

En este artículo se explicó en detalle cuáles son las razones por las cuales el MPR, como regla general, no es dañino para el proceso competitivo. Hoy se tiene por cierto que se trata de una conducta

que no puede hacer lo que sí puede lograr un verdadero acuerdo de precios, que es aumentar el poder de mercado de los participantes y generar así precios supra-competitivos. Dicho de otra manera el MPR no contribuye a limitar las opciones del consumidor y, por lo tanto, no afecta la competencia. Esa sola razón sería suficiente para que la conducta se considerara lícita.

Pero existe un segundo descubrimiento que es más importante. Las limitaciones intra-marca, como regla general, contribuyen a mejorar el proceso competitivo. Un productor que utiliza el MPR o las restricciones territoriales con los distribuidores compite más eficazmente con los demás productores y aumenta y mejora las opciones de los consumidores. Al prohibir el MPR no solamente no estamos logrando proteger al consumidor sino que lo estamos perjudicando, al privarlo en muchos casos de la posibilidad de obtener bienes y servicios que serían deseables para él.

En los Estados Unidos de América se tomaron treinta años en articular adecuadamente estas nuevas formas de entender el impacto de estas conductas verticales y en sistematizarlas en un solo principio aplicable a todas ellas (recuérdese cómo el proceso empezó con las restricciones territoriales en *Sylvania*, siguió con el MPR de precios máximos en *State Oil* y finalmente llegó al MPR de precios mínimos en *Leegin*). Los demás países que creen en el principio según el cual el derecho antimonopolios es necesario para el adecuado funcionamiento de los mercados deben aprender de esa experiencia y Colombia no debería ser la excepción. Puede ser por la vía de un cambio de interpretación de las normas vigentes o un cambio legislativo, pero el MPR debería entrar en el país en una etapa de licitud general y debería prohibirse únicamente cuando se trate de una restricción vertical que disfraza restricciones horizontales. Adicionalmente, y más allá del tema puntual del MPR, la SIC y la comunidad del derecho de la competencia en Colombia podría ahora tomar conciencia de esta nueva comprensión de la relación entre la competencia intra-marca y la competencia inter-marca. *Sylvania* nos abrió esa puerta y decidimos cruzarla sin dubitaciones con el numeral 3º del artículo 47 del decreto 2153.

Ahora *State Oil* y *Leegin* han hecho lo mismo y deberíamos reaccionar en la misma forma. La razón no es que debamos copiar un cambio de regulación extranjero. Como se dijo al principio, el derecho antimonopolios se nutre de nuestra comprensión de los comportamientos empresariales. Esa comprensión ha cambiado. El derecho, por lo tanto, debe hacerlo también.

BIBLIOGRAFÍA

- AREEDA, PHILLIP; KAPLOW, LOUIS, *Antitrust Analysis*. Problems, Text and Cases. New York, New York. Aspen Law & Business. 1997.
- IBARRA PARDO, GABRIEL; MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, “La práctica de Fijación Unilateral de Precios (FUP) y su aplicación en Colombia”, *Revista de Derecho Privado* No. 25. Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Octubre de 2000.
- COOPER, JAMES C.; FROEB, LUKE; O’BRIEN DANIEL P.; VITA, MICHAEL, “A Comparative Study of United States and European Union Approaches to Vertical Policy”. *Vanderbilt University Law School. Law and Economics Working Paper 05-11*.
- IOANIS, LIANOS. “Collusion in Vertical Relations Under Article 81 EC”. *Common Market Law Review*. 45: 1027-1077, The Netherlands, Kluwer Law International, 2008.
- SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Concepto No. 99025015 del 15 de junio de 1999.
- SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Concepto No. 99050593 del 27 de septiembre de 1999.
- SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Concepto 02067355 - 02067622 del 17 de septiembre de 2002.
- SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.* 220 U.S. 373 (1911).
- SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Chicago Board of Trade v. United States*. 246 U.S. 231 (1918).
- SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *United States v. Colgate & Co.* 250 U.S. 300 (1919).
- SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Albrecht v. The Herald Co.* 390 U.S. 145 (1968).
- SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania Inc.* 433 U.S. 36 (1977).

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Brunswick Corp. V. Pueblo Bowl-O-Mat, inc., 429 U.S. 477 (1977).

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Atlantic Richfield Co. v. USA Petroleum Co. 495 U.S. 328 (1990).

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. State Oil co. v. Khan *et al.* No. 96-871. (1997).

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Leegin Creative Leather Products Inc. v. PSKS, Inc, DBA KAY'S Kloset...KAY'S SHOES. No. 06-480. (2007).

